

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats ?

Jacquemin, Hervé

Published in:

Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2018, Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats ? Dans *Law, norms and freedom in cyberspace = Droit, normes et libertés dans le cybermonde: liber amicorum Yves Poulet*. Collection du CRIDS, Numéro 43, Larcier , Bruxelles, p. 141-171.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 6

Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats ?

Hervé JACQUEMIN*

Introduction : l'automatisation du processus contractuel à l'épreuve du droit

1. Portée et enjeux de l'intelligence artificielle. Les recherches sur l'intelligence artificielle et la robotique ont connu ces dernières années des progrès marquants, sans doute liés aux développements prometteurs dans le domaine technologique et l'économie des données (avec le phénomène du *big data* et de l'internet des objets). Les applications d'intelligence artificielle se multiplient ainsi en matière de santé, de marketing, de finance, de justice, de transport, de commerce, de loisirs, etc.¹. Elles suscitent autant d'espairs – notamment par l'amélioration de la qualité de vie, l'efficacité renforcée des services fournis ou la lutte contre la fraude – que de craintes, avérées ou pas, sur le plan éthique ou social, voire en termes de libertés publiques ou de sécurité des produits (et, donc, de risques pour les biens ou l'intégrité physique ou morale des personnes).

* Chargé de cours à l'Université de Namur (NADI/CRIDS) et avocat au barreau de Bruxelles.

¹ Pour un panorama des domaines impactés par l'intelligence artificielle, voy. *Artificial Intelligence and Life in 2030, One hundred Year Study on Artificial Intelligence*, Report of the 2015 Study Panel – Stanford University, septembre 2016, pp. 18 et s. (https://ai100.stanford.edu/sites/default/files/ai_100_report_0831fml.pdf).

À ce stade, il n'existe pas de définition légale de l'intelligence artificielle ou du robot², en droit de l'Union³ ou en droit belge. Aussi optons-nous pour une acception volontairement large, qui met l'accent sur les fonctions attendues du procédé. R. Calo attribue ainsi trois qualités principales au robot (à entendre largement, comme visant également les systèmes d'intelligence artificielle) : « (1) *a robot can sense its environment*, (2) *a robot has the capacity to process the information it senses*, and (3) *a robot is organized to act directly upon its environment* », renvoyant au paradigme « *sense, think, act* »⁴.

L'application d'intelligence artificielle intervient de manière automatisée, voire autonome, en ce sens qu'elle est capable d'adopter un comportement déterminé, sans intervention humaine systématique lors de chaque action posée. Ce comportement est le résultat des opérations algorithmiques ou de toute autre instruction logicielle, tenant compte de l'analyse des données dont le système dispose, qu'il reçoit (dès lors qu'il est connecté) ou qu'il tire de son environnement (au moyen de capteurs p. ex.). Le système peut être doté d'une faculté d'autoapprentissage (de type *machine learning*), qui lui permet, sur la base de son

² Dans le langage courant, le terme « robot » désigne généralement l'enveloppe physique et matérielle, capable de se mouvoir dans l'espace et d'interagir avec son environnement grâce au système d'intelligence artificielle, plus ou moins développé, dont il est muni. Il peut revêtir des apparences diverses, le cas échéant proches de celles de l'être humain.

³ Dans sa résolution du 16 février 2017, le Parlement européen encourage toutefois la Commission à intervenir en ce sens (Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 [INL], pt 1).

⁴ R. CALO, « Robots in American law », *Legal Studies Research Paper*, n° 2016-04, pp. 6 et s. et R. CALO, « Robotics and the lessons of cyberlaw », *California Law Review*, 2015, pp. 529 et s. Voy. aussi *Artificial Intelligence and Life in 2030, One hundred Year Study on Artificial Intelligence*, op. cit., p. 12, qui reprend not. la définition de N.J. NILSSON, *The Quest of Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 : « *Artificial Intelligence is that activity devoted to making machines intelligent, and intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment* » ; Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), principe 1, qui pointe les caractéristiques suivantes des robots intelligents : « acquisition d'autonomie grâce à des capteurs et/ou à l'échange de données avec l'environnement (interconnectivité) et à l'échange et l'analyse de ces données ; capacité d'autoapprentissage à travers l'expérience et les interactions (critère facultatif), existence d'une enveloppe physique, même réduite ; capacité d'adaptation de son comportement et de ses actes à son environnement ; non vivant au sens biologique du terme » ; Ch. HOLDER, V. KHURANA, F. HARRISON et L. JACOBS, « Robotics and law: key legal and regulatory implications of the robotics age (part I of II) », *Computer Law and Security Review*, 2016, pp. 384-385.

expérience, d'apprendre et de changer son comportement en conséquence⁵. Concrètement, cela signifie que les actions posées par le système ne découleront pas d'une instruction spécifique donnée en ce sens par l'homme, mais seront le résultat d'opérations algorithmiques effectuées par celui-ci, qui lui permettent de résoudre, de manière autonome, des problèmes complexes et d'effectuer des prédictions.

2. Comment l'intelligence artificielle interroge-t-elle le droit des contrats ? Dans la littérature juridique, les analyses sur ce thème commencent à se multiplier⁶.

Pourtant, l'intelligence artificielle est nettement plus ancienne, et son potentiel, ainsi que certaines questions juridiques susceptibles d'en résulter, avaient été compris par des académiques visionnaires, depuis près de vingt ans. Yves Pouillet est l'un d'eux : dans un article présenté lors d'une conférence organisée par l'Académie allemande de droit comparé en septembre 1999 et publié dans un ouvrage des *Cahiers du CRID(S)*, il développait, en effet, une analyse très convaincante sur « la conclusion du contrat par un agent électronique »⁷. Au début des années 2000, lorsque j'étais jeune chercheur au CRIDS, l'article m'avait marqué par son caractère précurseur, tant les applications d'intelligence artificielle me paraissaient relever davantage de la science-fiction mise en scène par le cinéma ou la littérature. En 2017, j'ai relu la contribution, à l'occasion d'un ouvrage collectif du CRIDS consacré à l'intelligence artificielle et au droit : sans réelle surprise, les réflexions d'Yves Pouillet restent, pour l'essentiel, d'actualité, et tout aussi inspirantes.

La présente contribution traitera du même thème⁸ : plus précisément, elle examinera les questions juridiques posées par *l'application d'intelligence artificielle intervenant comme acteur du contrat*. À l'instar de la CNUDCI, Yves Pouillet utilisait le terme d'« agent électronique » pour désigner cet acteur, mais la réalité envisagée est la même.

⁵ Voy. H. SURDEN, « Machine learning and law », *Washington Law Review*, 2014, pp. 87 et s.

⁶ Voy. not. H. JACQUEMIN et A. DE STREEL (coord.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, 481 p. ; N. NEVEJANS, *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile*, Bordeaux, LEH Édition, 2017, 1229 p. ; A. et J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Bruxelles, Larcier, 2015, 149 p.

⁷ Y. POUILLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 129 et s.

⁸ Elle reprend, en la développant de manière substantielle, l'analyse rédigée par l'auteur dans la contribution suivante : H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 73 et s.

3. Panorama des principales hypothèses visées. Des applications d'intelligence artificielle peuvent être paramétrées de manière à intervenir de manière automatisée, voire autonome, à l'une ou l'autre étape du processus de formation du contrat, de la négociation à la conclusion en tant que telle.

Au stade précontractuel, des *chatbots* peuvent être mis à la disposition des consommateurs sur le site Internet transactionnel du prestataire. En se fondant sur des informations figurant dans une base de données alimentée par le prestataire, sur des données accessibles librement, voire sur sa propre expérience, l'application est ainsi conçue pour répondre aux questions des clients sur les biens et les services qu'ils envisagent d'acheter. Dans la plupart des cas, le client pourra d'ailleurs ignorer que la réponse n'est pas donnée par une personne physique, mais par une machine virtuelle. De même, les prix pratiqués par un vendeur peuvent varier en fonction des internautes, l'algorithme augmentant ou diminuant ceux-ci en fonction du profil des clients et de son comportement (tel qu'analysé grâce aux cookies ou, de manière générale, aux *big data*). Dans le secteur financier, on peut encore penser aux outils de *scoring*, qui sont capables de sélectionner les bons et les mauvais risques d'un preneur d'assurance ou d'évaluer la solvabilité d'un emprunteur, pour un crédit hypothécaire ou à la consommation.

Au stade de la conclusion du contrat, lorsque le client valide sa commande en ligne, la confirmation de celle-ci, du côté du vendeur, peut avoir lieu de manière automatisée. Le système est conçu de telle sorte que, si diverses conditions prédéfinies sont réunies (informations complètes fournies par le client, bien disponible en stock, paiement valide, etc.), une confirmation de la commande (et du contrat conclu) est automatiquement envoyée au client, sans intervention systématique d'une personne physique pour valider l'opération. Sur la plupart des sites de commerce en ligne, c'est généralement le *modus operandi* privilégié.

Au sein des entreprises, les logiciels de gestion des stocks peuvent également être configurés de manière à commander directement, auprès des fournisseurs habituels, les produits manquants. Des systèmes de type EDI peuvent être utilisés, voire tout autre application permettant aux systèmes informatiques de ces entreprises de communiquer de manière automatisée, voire autonome. L'application pourrait ainsi être paramétrée pour solliciter des offres auprès de différents fournisseurs et, après avoir sélectionné celle qui lui paraissait la plus avantageuse, procéder à la commande.

On peut également imaginer que les applications soient utilisées à des fins plus discutables, par exemple, pour commander rapidement et en grande quantité des produits dont les stocks sont limités, en raison de leur

rareté (on songe à des places de concert p. ex.). Avec les robots, la transaction d'achat est validée en quelques secondes, ce qu'un humain sera incapable de faire. Il ne restera plus à ce dernier qu'à se tourner vers des plates-formes parallèles – parfois illégales, d'ailleurs – où il pourra acheter les mêmes produits, mais à des prix supérieurs.

Même si l'option paraît encore très théorique, rien n'empêche enfin qu'avec le développement de l'internet des objets, le consommateur s'équipe, au quotidien, d'applications d'intelligence artificielle, chargées de passer des commandes de manière autonome (des frigos « intelligents » et connectés commencent ainsi à apparaître, dotés de fonctionnalités permettant de connaître les stocks, pour commander les produits manquants).

4. Plan de la contribution – La réponse adéquate du droit aux risques de l'intelligence artificielle comme fil rouge. Le développement des applications d'intelligence artificielle présente des risques évidents : atteintes aux droits fondamentaux (notamment le droit à la vie privée), violation du droit de la concurrence, dommages aux personnes ou aux biens, résultant du comportement des robots ou de leurs actes, pratiques agressives exploitant les faiblesses de certaines personnes, invalidation possible des contrats conclus par ce biais, etc.

La droit a notamment pour finalité de protéger les parties en présence, spécialement les plus faibles, tout en garantissant un niveau élevé de sécurité juridique, favorable au développement économique. Pour ce faire, il doit mobiliser des outils permettant de répartir les risques entre les acteurs concernés de manière équilibrée, tout en réduisant ceux-ci à un niveau acceptable.

En présence d'une réalité nouvelle à laquelle il est confronté (et qui présente un risque), le juriste doit, dans un premier temps, chercher dans les dispositions légales ou réglementaires applicables, telles qu'interprétées par la doctrine et la jurisprudence, les solutions permettant de réduire ce risque. L'insuffisance du cadre normatif ou les incertitudes quant à son application doivent le conduire, à titre subsidiaire, et dans le respect du principe d'égalité et de non-discrimination, à adopter des règles complémentaires ponctuelles (en optant pour la régulation étatique traditionnelle et/ou, si cela paraît plus efficient, à l'autorégulation ou à la corégulation).

En raisonnant dans le cadre limité de la formation du contrat, on peut identifier deux risques principaux, lorsque l'application d'intelligence artificielle ou le robot intervient comme « acteur du contrat » : la personne qui utilise ou exploite la machine virtuelle pourrait contester la validité, ou la force obligatoire, du contrat conclu par ce biais (chapitre 1) ; son

cocontractant pourrait quant à lui se plaindre d'un manque d'information, voire de pratiques déloyales commises en marge de la conclusion du contrat par la machine (chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'utilisateur ou l'exploitant de l'application d'intelligence artificielle conteste la validité ou la force obligatoire du contrat

SECTION 1. – Sur quelles bases l'exploitant de l'intelligence artificielle pourrait-il contester la validité du contrat conclu ?

5. Exigence d'un consentement. Le recours aux applications d'intelligence artificielle dans le cadre du processus de formation des contrats présente des avantages tant dans le chef du prestataire (simplification, réduction des coûts, gains de productivité, etc.) que dans celui de son cocontractant (disponibilité accrue, rapidité, choix plus éclairé, etc.). Aussi peut-on attendre du droit qu'il leur donne les moyens d'utiliser cette technologie avec un niveau élevé de sécurité juridique, dans le respect des exigences de bonne foi et de loyauté, qui doivent présider à toute relation contractuelle, et en protégeant spécifiquement la partie qui serait, le cas échéant, en position de faiblesse.

Parmi les conditions de validité des conventions, listées à l'article 1108 du Code civil, figure le consentement de la partie qui s'oblige.

Le consentement n'est pas défini par la loi. On considère que la notion désigne la « volonté de chaque partie de produire des effets de droits »⁹. C'est l'élément clé de la formation du contrat, également confirmé par la consécration du principe du consensualisme. En vertu de celui-ci, les contrats se forment par le seul échange des consentements (*solo consensu*)¹⁰. Autrement dit, le consentement *ne doit pas* être revêtu

⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 223-224, n° 221 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 708, n° 49.

¹⁰ Sur le principe du consensualisme, voy. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, p. 15, n° 19, et p. 69, n° 86 ; X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, I, 170, 1999, p. 1770 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme

d'une forme déterminée, *requis* à peine d'invalidité de l'acte juridique. Deux éléments se détachent de cette affirmation. D'abord, il faut comprendre que, si les parties ne *doivent* pas extérioriser leur consentement d'une manière déterminée, elles *peuvent* le faire si elles jugent utile de procéder de la sorte (notamment à des fins probatoires ou d'opposabilité aux tiers). On estime d'ailleurs que le consensualisme consiste en la liberté des formes¹¹ et pas forcément en l'absence de forme¹². Ensuite, seules les exigences de forme requises pour la *validité de l'acte juridique* constituent une exception au principe du consensualisme¹³.

On peut craindre qu'avec le recours à des applications d'intelligence artificielle, cette exigence de consentement ne soit pas satisfaite, pour plusieurs motifs (cf. *infra*, n^{os} 6 et 7).

6. Absence de consentement. La personne physique ou morale qui utilise ou exploite l'application d'intelligence artificielle pourrait d'abord prétendre qu'elle n'a pas, formellement, donné son consentement. En l'absence de convention valablement formée, elle refuserait alors d'assumer les obligations qui en résultent dans son chef, et qui auraient

et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 498, n^o 3 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, p. 204 ; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2002, pp. 609 et s., n^{os} 3 et s.

¹¹ Le consensualisme se déduit d'un autre principe directeur du droit des obligations contractuelles : l'autonomie de la volonté. En appliquant ce principe aux formes requises au stade de la conclusion du contrat, il est logique de considérer que les parties sont libres d'extérioriser leur consentement comme elles le souhaitent, le cas échéant en accomplissant l'une ou l'autre formalité (la rédaction d'un écrit p. ex.).

¹² B. NUYTTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *op. cit.*, p. 500, n^o 10 (le consensualisme peut donc être défini comme « le principe en vertu duquel [l'acte juridique ou la convention] peut être valablement conclu [...] sous une forme quelconque »). Voy. aussi P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », *op. cit.*, p. 611, n^o 6 ; E. CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », *Les Cahiers du droit*, 2002, vol. 43, p. 277 ; É. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 66, n^o 8.

¹³ Pour déterminer ce qu'il faut entendre par consensualisme, M. COIPEL précise ainsi, et c'est nous qui soulignons, que le principe se traduit par « l'absence de tout formalisme obligatoire pour la naissance du contrat » (*Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, p. 15, n^o 19). Voy. aussi L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., t. II, Paris, Sirey, 1933, pp. 78-79, n^o 149 : selon lui, les contrats consensuels « ne sont soumis, pour leur *validité*, à aucun formalisme ».

normalement dû s'imposer à elle conformément au principe de la convention-loi (art. 1134, al. 1^{er}, C. civ.).

Dans les systèmes automatisés (de type site Web transactionnel qui valide automatiquement la commande du client consommateur), de tels comportements devraient rester théoriques, sauf à invoquer un *bug* du système (qui validerait des commandes incomplètes ou non payées p. ex.). Des discussions pourraient, par contre, survenir plus fréquemment lorsque l'application d'intelligence artificielle procède à la conclusion du contrat de manière autonome (et plus seulement automatisée), en exploitant toute donnée à sa disposition (et on sait qu'elles sont très nombreuses, dans le contexte du *big data*) et en s'appuyant sur son expérience (avec un système de type *machine learning*). L'exploitant du système pourrait ultérieurement se plaindre du choix ainsi réalisé (cocontractant insolvable ou incapable d'exécuter correctement le contrat), et contester la validité du contrat conclu.

Concrètement, il invoquerait une absence de consentement dans son chef, susceptible de conduire à la nullité relative de la convention (et pas à son inexistence¹⁴). L'hypothèse n'est pas expressément visée par le Code civil, qui ne traite que des vices du consentement, mais elle est clairement admise par ailleurs en doctrine et en jurisprudence¹⁵.

Des discussions ne manqueraient pas de survenir. Pour répondre à l'argument de l'absence de consentement, on pourrait, en effet, soutenir qu'en recourant à l'application d'intelligence artificielle, son exploitant a implicitement (et préalablement) donné son consentement aux contrats conclus par ce biais. Cette volonté serait, du reste, confirmée par l'exécution qui est donnée aux contrats conclus (par la fourniture du service ou l'expédition des biens p. ex.).

¹⁴ Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 174 : « le défaut de consentement ne rend pas la convention inexistante mais seulement nulle ; [...] cette nullité, qui ne protège que des intérêts privés, est relative et [...] dès lors, la convention nulle est susceptible de confirmation. En l'occurrence, l'absence de consentement était invoquée en raison de l'état d'ébriété d'une partie. La Cour juge que la nullité est "particulièrement invraisemblable lorsqu'il s'agit d'une convention qui n'a pas été conclue en une fois, mais qui a été préparée par de longues visites répétées", et elle valide l'arrêt qui décide que "la suppression de la volonté par l'ivresse n'entraîne qu'une nullité relative de la convention et [...] celle-ci a été confirmée, en l'espèce, par son exécution volontaire partielle, spécialement par l'adhésion de la demanderesse à la livraison du jukebox, au placement des deux haut-parleurs, à l'installation du service derrière le comptoir et cinq paiements des premières traites ».

¹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 226, n° 224 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 248, n° 133.

7. Vice du consentement. Le cas échéant, l'utilisateur ou l'exploitant de l'application d'intelligence artificielle pourrait aussi postuler l'annulation de la convention, qui aurait été conclue à la suite d'un vice du consentement dans son chef, plus précisément une erreur. De manière générale, l'erreur consiste en « une représentation fausse ou inexacte de la réalité. Elle implique un défaut de concordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée »¹⁶. En pratique, cela signifie que l'application d'intelligence artificielle aurait, par exemple, commandé le bien A (volonté déclarée), au lieu du bien B, à la suite d'opérations algorithmiques qui ne correspondaient pas à la volonté réelle de l'exploitant de celle-ci¹⁷. Encore faudrait-il démontrer que les conditions de l'erreur vice du consentement sont réunies en l'espèce¹⁸ : le contrat ne peut, en effet, être annulé que si l'erreur porte sur les qualités substantielles de l'objet du contrat, est commune à toutes les parties et est excusable. Or la condition de l'erreur « excusable » paraît assez faible : on pourrait défendre l'idée que l'erreur est inexcusable dans le chef de l'utilisateur ou l'exploitant *professionnel* de l'application d'intelligence artificielle, car il a volontairement décidé de recourir à cette technologie et devait donc savoir que des contrats allaient être conclus par ce biais (avec, le cas échéant, des erreurs commises, aucune technologie n'étant infaillible à 100 %). Il lui incombait également de prendre la mesure des conséquences possibles des applications de *machine learning*, susceptibles de faire des choix qu'il n'aurait pas forcément validés.

8. Comment lever l'incertitude juridique ? On le voit, des risques existent sur le plan de la sécurité juridique. Il y a pourtant des solutions, *de lege lata*, pour répondre aux arguments du cocontractant qui contesterait la validité du contrat ou sa force obligatoire (section 2). *De lege ferenda*, une intervention législative nous paraît toutefois souhaitable, de manière à lever toute incertitude en la matière (section 3).

¹⁶ C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaison », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 7-8, n° 1 ; Trib. trav. Bruxelles, 3 septembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 13.

¹⁷ Une telle argumentation serait toutefois dangereuse dans le chef de l'exploitant de l'intelligence artificielle, puisque, ce faisant, il reconnaît avoir donné son consentement, tout en prétendant que celui-ci est affecté d'une erreur.

¹⁸ Sur les conditions de l'erreur, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 231 et s., n°s 229 et s. ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, op. cit., pp. 253 et s., n°s 251 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », op. cit., pp. 709-710, n°s 52 et s. ; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, op. cit., pp. 50-53, n° 66 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaison », op. cit., pp. 13 et s., n°s 7 et s.

SECTION 2. – *De lege lata*, solutions doctrinales, prétoriennes ou conventionnelles confirmant la validité du contrat

9. Solutions disponibles. Pour lever l'insécurité juridique, le cocontractant de celui qui utilise ou exploite l'application d'intelligence artificielle pourrait contester les arguments tirés de l'absence de consentement ou du consentement vicié, tout en invoquant, en parallèle, la théorie de l'apparence. L'adoption de dispositions conventionnelles *ad hoc* constitue également une solution prometteuse, pour autant que le contexte le permette.

10. Théorie de l'apparence. La théorie de l'apparence – on parle aussi de la théorie de la confiance légitime – est reconnue en droit belge, où elle constitue une source autonome d'obligations¹⁹. Elle est généralement invoquée dans l'hypothèse du mandat apparent sans faute²⁰, mais, en suivant la doctrine qui la qualifie de principe général de droit, rien n'empêche de lui donner d'autres applications²¹.

En l'occurrence, la question se pose de savoir si la partie qui exploite un système d'intelligence artificielle pour conclure des conventions avec des cocontractants potentiels pourrait prétendre que celui-ci n'a pas été valablement conclu, pour la seule raison que l'application d'intelligence artificielle est intervenue pour conclure le contrat et, par conséquent, refuser d'exécuter les obligations qui lui incombent. Son cocontractant invoquerait alors la théorie de l'apparence, considérant qu'il pouvait en toute bonne foi se fier aux apparences (en exploitant une application d'intelligence artificielle, le vendeur souhaitait conclure des contrats), pour en tirer des effets de droits (une convention a été valablement conclue, même si le vendeur n'a pas formellement exprimé son consentement – aussi doit-elle être respectée).

¹⁹ À ce sujet, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 241 et s. ; J.-F. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *Le droit des obligations dans les jurisprudences belges et françaises*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 187 et s. ; R. KRUIHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s.

²⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 250-251 ; J.-F. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », op. cit., pp. 237 et s.

²¹ Suggérant également l'application de cette théorie aux systèmes d'intelligence artificielle, voy. Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », op. cit., pp. 141 et s.

Rappelons d'abord que la théorie peut s'appliquer aussi bien à l'égard des tiers qu'entre parties contractantes (encore que, dans ce cas, les exemples restent rares). Elle pourrait donc être invoquée dans l'hypothèse qui nous occupe où l'acheteur considère qu'un contrat a été valablement conclu avec le vendeur, qui a recouru à un système d'intelligence artificielle.

Trois conditions sont généralement posées²² : une situation apparente ; une erreur légitime dans le chef de la victime et l'imputabilité de l'apparence à un sujet de droit.

Le cocontractant prétend que, contrairement aux apparences (l'application d'intelligence artificielle a manifesté un consentement), il ne voulait pas être engagé dans le contrat. Pour l'autre partie, par contre, il existe une situation apparente qui paraît conforme à la réalité et dont il entend se prévaloir. La première condition est donc normalement satisfaite.

Pour que la deuxième condition soit satisfaite, le cocontractant doit démontrer qu'en toute bonne foi, il pouvait se fier aux apparences et considérer que le contrat a été valablement conclu par l'application d'intelligence artificielle. S'il a commis une erreur, celle-ci était légitime (n'imaginant pas que le vendeur n'avaliserait pas les contrats conclus par le biais de l'application d'intelligence artificielle qu'il a choisi d'utiliser).

Une condition d'imputabilité doit, enfin, être satisfaite. Il faut être en mesure d'imputer l'apparence dont l'acheteur se prétend victime à une personne, eu égard au comportement adopté par celle-ci (mais sans qu'aucune faute ne doive être démontrée). Cette exigence ne devrait normalement pas poser de problème, dès lors qu'on peut identifier une personne physique (en son nom ou comme organe d'une personne morale) qui exploite le système d'intelligence artificielle.

Cette théorie permet, d'après nous, de réduire l'insécurité juridique, en donnant aux parties, à titre subsidiaire, un moyen utile pour faire valoir leurs droits.

11. Convention entre parties. La sécurité juridique peut aussi être assurée si les parties conviennent, dans un contrat-cadre, que l'une d'elles (ou les deux) pourra recourir à un système d'intelligence artificielle à l'occasion du processus de formation des contrats subséquents (sur la base d'un bon de commande émis en application du contrat-cadre p. ex.). Les parties formaliseront ainsi l'acceptation du recours à ce type de technologie, tout, en lui donnant des effets juridiques similaires à un consentement

²² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 255 et s.

classique, généralement matérialisé par la signature manuscrite d'une personne physique en bas du contrat.

On peut du reste s'inspirer de la formulation figurant à l'article 3.1 de l'accord type européen pour l'échange de données informatisées, aux termes duquel « les parties, entendant être juridiquement liées par le présent accord, renoncent expressément au droit de contester la validité d'un contrat conclu par EDI conformément aux termes et conditions du présent accord du seul fait qu'il a été conclu par EDI »²³.

Ce type de solution ne vaut toutefois que dans des systèmes fermés où les parties se connaissent. Dans des systèmes ouverts, très fréquents sur le Net, d'autres moyens doivent être mis en œuvre²⁴.

SECTION 3. – Propositions de *lege ferenda* en vue de renforcer la sécurité juridique

12. Comment lever l'insécurité juridique ? Nous sommes d'avis que, pour renforcer la sécurité juridique, un principe de non-discrimination devrait être appliqué à l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle à l'occasion de la formation des contrats. Il devrait être basé sur les solutions consacrées dans la Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux²⁵ (*infra*, n^{os} 13-16).

Ce principe devrait être complété par une présomption permettant d'attribuer le consentement à la personne au nom de laquelle le contrat a été conclu ou, à défaut, à son exploitant (*infra*, n^o 17).

Des modalités différentes sont envisageables en cas de fonctionnement défectueux de l'intelligence artificielle ou d'utilisation de celle-ci par un consommateur (*infra*, n^{os} 18-19).

Par contre, la solution consistant à donner une personnalité juridique à l'intelligence artificielle doit, d'après nous, être écartée (*infra*, n^o 20).

13. Utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats. L'intervention d'un agent électronique, voire

²³ Recommandation 94/820/CE de la Commission, du 19 octobre 1994, concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, *J.O.C.E.*, L 338 du 28 décembre 1994.

²⁴ Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », *op. cit.*, pp. 136 et s.

²⁵ Le texte de la Convention est disponible sur le site Internet de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

d'une application d'intelligence artificielle, est expressément envisagée, depuis plus de dix ans, dans un texte normatif de portée internationale. L'article 12 de la Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux²⁶ (New York, 2005) traite, en effet, de l'utilisation de systèmes de messagerie automatisés pour la formation des contrats. Nous sommes d'avis qu'elle peut utilement servir de base à la rédaction d'une disposition légale en droit belge, de nature à lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle dans l'environnement contractuel.

Le système de messagerie automatisé désigne « un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d'une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite »²⁷. La note explicative de la CNUDCI pointe l'absence d'intervention humaine comme élément déterminant de l'opération²⁸.

Quant à l'article 12, il est rédigé comme suit : « la validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés, ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte ». Il s'agit d'une consécration du principe de non-discrimination, en cas de recours à une application d'intelligence artificielle, qui intervient de manière automatisée. Comme indiqué dans la note explicative de la CNUDCI, « l'article 12 de la Convention énonce une règle de non-discrimination visant à préciser que, pour une opération donnée, l'absence de contrôle ou d'intervention par un humain n'empêche pas en

²⁶ Le texte de la Convention est disponible sur le site Internet de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

²⁷ Art. 4, g), de la Convention.

²⁸ Elle ajoute : « par exemple, si une partie commande des biens sur un site Web, l'opération sera automatisée car le vendeur aura pris et confirmé la commande par sa machine. De même, si une usine et son fournisseur font des affaires au moyen d'un EDI, l'ordinateur de l'usine, lorsqu'il reçoit l'information avec certains paramètres préprogrammés, enverra une commande électronique à l'ordinateur du fournisseur. Si ce dernier ordinateur confirme la commande et procède à l'envoi parce que la commande répond à certains de ses paramètres préprogrammés, il s'agira d'une opération entièrement automatisée. Si, au contraire, le fournisseur confie à un employé l'examen, l'acceptation et le traitement de la commande émanant de l'usine, alors seule la partie "usine" de l'opération sera automatisée. Dans les deux cas, la définition englobe l'ensemble de l'opération » (*Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, Publ. des Nations unies, 2007, p. 43).

soi la formation d'un contrat. Ainsi, si un contrat peut être invalidé pour un certain nombre d'autres raisons en vertu du droit interne, le seul fait qu'un système de messagerie automatisé a été utilisé aux fins de sa formation ne le prive pas de sa valeur légale, de sa validité ou de sa force exécutoire »²⁹.

Il faut assurément saluer l'initiative de la CNUDCI, qui s'efforce de garantir un niveau élevé de sécurité juridique lors de l'utilisation de ce type de technologie³⁰. Nous sommes toutefois d'avis que, tout en prenant appui sur les textes de la CNUDCI, une proposition législative plus ambitieuse pourrait être faite. Elle devrait, en effet, inclure plus clairement les systèmes autonomes, et pas seulement automatisés (*infra*, n° 14), tout en fixant des critères pour attribuer les actions posées par l'intelligence artificielle à une personne physique (*infra*, n° 15).

14. Notion de système autonome. La définition de la CNUDCI vise les systèmes de messagerie automatisés. *De lege ferenda*, les systèmes autonomes devraient également être visés, d'autant que les discussions juridiques devraient principalement voir le jour dans cette hypothèse.

On note d'ailleurs que la CNUDCI ne paraît pas opposée à cette ouverture à l'intelligence artificielle. Dans la note explicative du secrétariat, on lit en effet : « Actuellement, l'attribution des actions d'un système de messagerie automatisé à une personne physique ou morale se fonde sur le principe qu'un tel système ne peut fonctionner que dans les limites techniques prédéfinies lors de sa programmation. Toutefois, on peut envisager, au moins en théorie, que seront mises au point à l'avenir des générations de systèmes d'information automatisés capables d'agir de façon autonome et pas simplement de façon automatique. Ainsi, grâce aux progrès de l'intelligence artificielle, un ordinateur pourra être capable de tirer des leçons de l'expérience, modifier les instructions de ses propres programmes et même concevoir de nouvelles instructions »³¹.

²⁹ *Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, Publ. des Nations unies, 2007, p. 74.

³⁰ Comp. Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », *op. cit.*, pp. 140 et s., qui n'est pas favorable à la solution suivant laquelle « l'ordinateur en général, et l'agent électronique en particulier[...] [est un] moyen de prolonger la volonté de l'entité légale qui utilise le programme comme pur instrument de communication, tel un téléphone ou un fax ». Il estime en effet que « l'une des objections se base notamment sur le fait que cette thèse ne se soucie pas des caractéristiques des agents électroniques. [...] La complexité du fonctionnement des systèmes est telle que les utilisateurs ne sont probablement pas conscients ni de leurs capacités, ni de leur possibilité d'apprendre à partir de l'expérience développée et de l'environnement ».

³¹ *Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, Publ. des Nations unies, 2007, p. 74.

Avec les systèmes de *machine learning*, l'hypothèse est loin d'être théorique et devrait donc être visée.

Aussi recommandons-nous d'intégrer la définition dans l'ordre normatif, tout en la modifiant de manière à viser expressément les systèmes autonomes.

15. Principe de non-discrimination. Conformément l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique³², « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

Ponctuellement, pour certaines formalités particulières, on constate que le législateur a confirmé expressément sa position, en énonçant que la formalité requise ne pouvait pas être privée d'effets juridiques ou, à tout le moins, être dépourvue de certains de ces effets, sous prétexte qu'elle avait été accomplie par voie électronique. Le règlement eIDAS³³ applique ce principe au document électronique, en énonçant que « l'effet juridique et la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que ce document se présente sous une forme électronique »³⁴. Il est également appliqué à la signature électronique³⁵, au cachet électronique³⁶, à l'horodatage électronique³⁷ et aux données envoyées et reçues à l'aide d'un service d'envoi recommandé électronique³⁸, en interdisant notamment que l'effet juridique et la recevabilité comme preuves en justice leur soient refusés au seul motif qu'ils se présentent sous forme électronique ou que le service n'est pas

³² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O.C.E., L 178 du 17 juillet 2000.

³³ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O.U.E., L 257 du 28 août 2014.

³⁴ Art. 46 du règlement eIDAS. Le document électronique est défini de manière large par le règlement eIDAS comme « tout contenu conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel » (art. 3, 35°, du règlement).

³⁵ Art. 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

³⁶ Art. 35, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

³⁷ Art. 41, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

³⁸ Art. 43, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

qualifié. S'agissant du service d'archivage électronique, il est consacré par l'article XII.25, § 4, du CDE. Pour les services de confiance, l'interdiction de toute discrimination est double, en ce qu'elle s'applique, d'une part, au bénéfice d'un service de confiance qualifié (par rapport à un service non qualifié), et, d'autre part, au bénéfice d'un service de confiance – par définition de nature électronique – par rapport à un procédé correspondant dans l'environnement papier (une signature manuscrite p. ex.). S'agissant du document électronique, seule cette seconde interdiction existe.

Avec ce principe, c'est la dématérialisation des échanges, et le recours aux technologies de l'information et de la communication dans les transactions électroniques, que le législateur entend défendre. Les règles adoptées perdraient tout effet utile si, en cas de litige, la juridiction pouvait tout simplement refuser d'examiner le procédé (un procédé de signature électronique appliqué à un courriel p. ex.) au seul motif qu'il est électronique.

Les systèmes d'intelligence artificielle doivent également bénéficier de ce principe. Il faut, en effet, éviter que, lorsqu'il y recourt, l'un des cocontractants puisse échapper à ses obligations sous prétexte que, formellement, l'engagement a été pris par le système d'intelligence artificielle qu'il utilise, de manière automatisée, voire autonome. On se prémunit ainsi de tout désaveu de sa part³⁹, en consacrant la validité d'une pratique généralement acquise.

Aussi sommes-nous favorables à l'introduction, en droit belge, d'une disposition comparable à l'article 12 de la Convention des Nations unies.

16. Présomption. Lorsqu'il lève les obstacles à l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique, le législateur combine généralement la règle de non-discrimination avec une règle d'assimilation, ou une présomption, qui mobilise le principe d'équivalence fonctionnelle⁴⁰.

³⁹ Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰ Ce principe part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposé directement sur le support pour la signature, etc.), mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit p. ex.). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit p. ex.) et dans l'environnement numérique (un document au format PDF enregistré sur un CD-Rom pour l'écrit p. ex.) sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets

Par exemple, l'article 25, § 2, du règlement eIDAS énonce que « l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite »⁴¹.

Une présomption devrait également être établie dans le domaine de l'intelligence artificielle, de manière à attribuer les actions posées par le système à une personne physique (agissant en son nom propre ou en tant qu'organe d'une personne morale).

La question n'est pas résolue formellement par l'article 12 de la Convention des Nations unies. La note explicative du secrétariat indique cependant que « des communications électroniques qui sont générées automatiquement sans intervention directe par un humain devraient être considérées comme "émanant" de la personne morale pour le compte de laquelle le système de messagerie ou l'ordinateur est exploité ».

En introduisant une présomption, on renverse la charge de la preuve en faveur du cocontractant de la personne qui utilise le système d'intelligence artificielle pour conclure le contrat. Il paraît, en effet, équilibré que cette dernière doive assumer le risque de prouver, le cas échéant, que l'action ne doit pas lui être attribuée (et pas le cocontractant, qui n'a pas fait le choix de recourir à un tel système et pourrait même ignorer, dans certains cas, qu'il a été mis en place). Cette présomption devrait toutefois être réfragable, pour permettre à l'exploitant du système d'intelligence artificielle d'apporter la preuve contraire.

Encore faut-il définir le critère permettant d'attribuer clairement l'acte de l'application d'intelligence artificielle à une personne. La notion d'« exploitation », citée dans la note explicative du secrétariat de la CNUDCI, nous semble prometteuse. On met, en effet, l'accent sur la personne qui utilise le système à des fins économiques (tout en excluant l'application de la présomption pour les consommateurs). Plus simplement, on pourrait aussi désigner, en premier chef, la personne au nom de

et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence. En droit belge, ce principe est consacré à l'article XII.15, § 1^{er}, du Code de droit économique, aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». À propos de ce principe, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 1997, 2, p. 382 ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels – Théorie critique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

⁴¹ Voy. aussi les présomptions figurant aux articles 35, § 2 (cachet électronique), 41, § 2 (horodatage électronique), et 43, § 2 (service d'envoi recommandé électronique) du règlement eIDAS.

laquelle le contrat est conclu. Toute entreprise doit en effet respecter des obligations d'information portant notamment sur son identité, qu'elle intervienne dans des relations B2B⁴² ou B2C⁴³. Aussi, le cocontractant de cette entreprise peut-il légitimement croire que le contrat est conclu avec cette entreprise, sans préjudice de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle au moment de valider formellement la conclusion du contrat.

17. Incidence éventuelle d'un mauvais fonctionnement de l'application d'intelligence artificielle. Dans l'hypothèse d'un système automatisé, on peut imaginer qu'à la suite d'une erreur de programmation, le système de vente en ligne utilisé par le prestataire valide à tort des commandes pour lesquelles les stocks sont épuisés ou le paiement refusé (solde insuffisant ou carte déclarée perdue ou volée). Les discussions seront encore plus nombreuses s'il s'agit d'un système autonome, de type *machine learning*, dont le comportement n'était pas nécessairement prévisible pour son exploitant.

Si un litige survient avec le cocontractant de la personne qui exploite le système d'intelligence artificielle, postulant l'exécution en nature du contrat ou, à défaut, l'exécution par équivalent combinée à la résolution de la convention, cet exploitant pourrait-il se prévaloir du mauvais fonctionnement de l'intelligence artificielle pour être exonéré de sa responsabilité en cas d'inexécution ?

Nous sommes d'avis que cela ne devrait normalement pas être le cas, sous réserve des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, dont la validité suivant la théorie générale des contrats ou des obligations serait confirmée.

On peut, en effet, raisonner par analogie avec le régime applicable à l'agent d'exécution (un sous-traitant p. ex.). En vertu du principe de la relativité des conventions (art. 1165 C. civ.), les deux contrats conclus respectivement entre le prestataire et le client et entre le prestataire et le sous-traitant sont clairement indépendants. Aussi le fournisseur ne peut-il pas se prévaloir de l'intervention de l'agent d'exécution pour tenter d'échapper à sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de son client, le maître de l'ouvrage. Il est, en effet, contractuellement responsable, vis-à-vis du client, des personnes qu'il se substitue dans l'exécution de ses obligations⁴⁴. On considère que « la défaillance de l'agent d'exécution ne

⁴² Art. III.74 et XII.6 CDE.

⁴³ Outre les références citées à la note précédente, voy. aussi les art. VI.2 et VI.45 CDE.

⁴⁴ M.-A. FLAMME, P. FLAMME, A. DELVAUX et F. POTTIER, *Le contrat d'entreprise. Chronique de jurisprudence (1990-2000)*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 29, Bruxelles,

constitue pas pour celui qui y a eu recours une cause d'exonération de responsabilité. La responsabilité pour autrui, consacrée par plusieurs textes du Code civil, est ainsi, en réalité, simplement l'expression du principe de la responsabilité contractuelle. Bien entendu, le cocontractant dont la responsabilité est recherchée par suite de fautes imputables à son agent d'exécution possède un recours contre ce dernier, qui trouve son fondement, ses conditions et ses limites dans le contrat en vertu duquel cet agent d'exécution est intervenu »⁴⁵.

En l'occurrence, et par identité de motif, la même solution devrait s'appliquer : en principe, l'exploitant ne devrait pas être autorisé à se prévaloir de l'utilisation d'une application d'intelligence artificielle qu'il a lui-même choisie (en principe, en pleine connaissance de cause), pour échapper à sa responsabilité (sous réserve des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité qui seraient valables en droit commun). Rien ne l'empêche, par ailleurs, de se retourner ensuite contre le fournisseur du système d'intelligence artificielle défectueux, sur une base contractuelle⁴⁶, voire de l'appeler à la cause. La solution serait toutefois différente si le recours à un système d'intelligence artificielle est imposé par l'une des parties à l'autre cocontractant, avec l'obligation de l'utiliser pour conclure le contrat. Dans ce cas, ce dernier devrait, en effet, avoir la possibilité de renverser la présomption visée au point précédent.

18. Faut-il prévoir des règles différentes pour les consommateurs ?

Des applications d'intelligence artificielle permettant d'exécuter des commandes de manière automatique, voire autonome, pourraient être mises à la disposition des consommateurs par des entreprises : il peut, par exemple, s'agir du vendeur de denrées alimentaires qui fournit une application identifiant les produits consommés ou qui ont atteint la date limite de consommation dans son frigo, pour les recommander automatiquement.

Que penser, dans ce cas, de la proposition consistant à consacrer un principe de non-discrimination couplé à une présomption attribuant l'acte posé par l'application d'intelligence artificielle à une personne déterminée (*supra*, n^{os} 16 et 17) ? Faut-il l'étendre aux consommateurs,

Larcier, 2001, pp. 240-241, n^o 297 ; L. SIMONT, J. DE GRAVE et P.A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1999, p. 823 ; B. LOUVEAUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 3 juin 1996, *Entr. et dr.*, 1998, pp. 178-179 ; P. WÉRY, « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », *Droit de la responsabilité*, Liège, Formation permanente CUP, 1996, pp. 37 et s.

⁴⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)*, op. cit., pp. 783-784, n^o 514.

⁴⁶ Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », op. cit., pp. 87 et s.

sachant que la CNUDCI s'intéresse, d'abord et avant tout, aux relations entre professionnels (et pas aux contrats de consommation) ?

Rien n'empêche, d'après nous, de conserver le principe de non-discrimination. Par contre, la présomption ne devrait pas s'appliquer lorsqu'un consommateur utilise une application d'intelligence artificielle fournie ou promue par le cocontractant. Autrement dit, la charge de prouver que l'acte accompli par l'application d'intelligence artificielle l'a été en son nom doit reposer sur son cocontractant. En termes de partage des risques, il nous paraît raisonnable que ce soit au professionnel de supporter la charge de prouver que l'acte doit être attribué au consommateur, dès l'instant où il promet l'utilisation de ce type d'outil auprès de ses clients.

Par ailleurs, des règles additionnelles devraient être adoptées pour protéger le consommateur.

Il nous paraît d'abord indispensable que le consommateur soit informé de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle dans le processus contractuel, de sorte qu'il puisse assumer les risques éventuels et, le cas échéant, refuser de poursuivre en ce sens. De telles exigences existent déjà, notamment en matière de protection des données (en ce qui concerne les traitements automatisés). *De lege ferenda*, une obligation plus générale d'information portant sur le recours à un système automatisé, voire autonome, dans le cadre du processus contractuel, nous paraît utile.

En droit européen, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs mobilise plusieurs mécanismes de protection au bénéfice des consommateurs – obligations d'information renforcées, exigences de forme, droit de rétractation, interdiction de certains paiements, etc. – en ce compris lorsque les contrats sont conclus à distance. Malheureusement, l'article 3 (3) (l) indique qu'elle n'est pas applicable aux contrats « conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés ». Manifestement, le législateur européen est d'avis que les contrats conclus dans ces hypothèses présentent des caractéristiques spécifiques qui empêchent de leur appliquer, purement et simplement, les règles de protection applicables aux autres types de contrats. En l'absence d'exclusion similaire en droit belge (dans le Livre VI du CDE p. ex.), les règles de protection du consommateur doivent également s'appliquer dans ces hypothèses.

S'agissant des contrats conclus à travers les sites de commerce en ligne, un droit de rétractation sera octroyé au consommateur, ce qui permet de protéger son consentement. Si celui-ci résulte de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle, le droit de rétractation prend tout son sens et le protège efficacement, puisqu'il a la possibilité de se délier de

son engagement sans pénalité et sans indication de motif⁴⁷. Tout au plus pourrait-on suggérer dans ce cas de revoir la liste des exceptions au droit de rétractation⁴⁸ dès lors qu'elles tendent à limiter sa portée.

On pointe aussi l'obligation pour le prestataire d'un service de la société de l'information de mettre en place des moyens techniques appropriés permettant d'identifier les erreurs dans la saisie des données et de les corriger⁴⁹. Une erreur de conception dans le système d'intelligence artificielle conduisant, par exemple, à des commandes déraisonnables de la part du consommateur, par rapport aux transactions précédentes ou aux transactions habituelles, devrait normalement être identifiée. Le consommateur devrait ensuite avoir la possibilité de contrôler les erreurs identifiées et de les valider manuellement, le cas échéant.

19. L'octroi d'une personnalité juridique au robot ou à l'application d'intelligence artificielle pourrait-elle constituer une solution ? Dans sa stimulante contribution datant de la fin des années 1990, Yves Poullet évoquait déjà l'option consistant à donner au robot ou à l'application d'intelligence artificielle la personnalité juridique, à l'instar de certaines personnes morales. La résolution du Parlement européen du 16 février 2017 semble d'ailleurs aller en ce sens avec l'octroi d'une personnalité *électronique*⁵⁰.

À l'instar d'Yves Poullet, nous sommes d'avis qu'une telle solution doit être écartée : comme il l'indique, une telle « reconnaissance est contestable du fait des arguments et du raisonnement adopté pour les sociétés. Dans la mesure où la personnalité juridique est clairement un “procédé juridique”, “a legal artefact founded on a legal fiction”, la qualification de “personne juridique” est directement issue des besoins sociaux concernant les relations juridiques entre parties tierces. Cette justification explique pourquoi l'attribution d'un patrimoine est liée à la capacité sociale de cette

⁴⁷ Art. VI.47 CDE.

⁴⁸ Art. VI.53 CDE.

⁴⁹ Art. XII.8 CDE. Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à cette disposition (art. XII.10 CDE). Des informations concernant ces moyens techniques doivent aussi être fournies au destinataire avant qu'il ne passe sa commande (art. XII.7, § 1^{er}, 3°, CDE).

⁵⁰ Il demande en effet « à la Commission, lorsqu'elle procédera à l'analyse d'impact de son futur instrument législatif, d'examiner, d'évaluer et de prendre en compte les conséquences de toutes les solutions juridiques envisageables, telles que [...] la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques responsables, tenues de réparer tout dommage causé à un tiers ; il serait envisageable de conférer la personnalité électronique à tout robot qui prend des décisions autonomes ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers » (pt 59).

entité légale. Cette perspective mise en lumière, il est douteux que la personnalité juridique soit accordée aux agents électroniques : l'attribution d'un patrimoine à un ordinateur n'a en effet pas de sens. Quelle responsabilité et quel engagement contractuel pourrai[en]t bien être "supporté[s]" par un ordinateur en cas de dysfonctionnement ? »⁵¹.

On ajoutera qu'en donnant à certaines sociétés ou associations la personnalité juridique, en les dotant par ailleurs d'un patrimoine, d'un nom et en acceptant qu'elles soient titulaires de droits et d'obligations, l'objectif est également de répondre à des besoins fonctionnels, consistant notamment à exclure – ou limiter fortement – la responsabilité des personnes physiques qui interviennent pour leur gestion (on vise les organes de la personne morale). Il s'agit également d'encadrer des institutions de plus en plus complexes (spécialement la société anonyme, SA), dont la création, le fonctionnement et la liquidation font l'objet de règles spécifiques, dans l'intérêt de tous les *stakeholders* et de la société en tant que telle. Ces fonctions ne doivent pas être rencontrées dans l'hypothèse du robot ou de l'application d'intelligence artificielle. Il ne nous paraît pas indiqué de chercher à attribuer une responsabilité au robot, tout en exonérant les personnes qui ont contribué à sa conception, à sa mise sur le marché ou à sa conception. Au contraire, dans l'intérêt d'une juste indemnisation des victimes, il faut s'assurer qu'il existe des responsables personnes physiques ou personnes morales solvables, qui ne pourront pas se cacher derrière une fiction juridique. En outre, la gestion d'un robot ou d'une application d'intelligence artificielle ne nous paraît pas complexe au point d'exiger l'adoption de règles de fonctionnement aussi détaillées que celles qui prévalent pour les sociétés ou les associations. Les dispositions contractuelles nous paraissent, en ce sens, amplement suffisantes.

CHAPITRE 2. Le cocontractant conteste la validité ou la force obligatoire du contrat ou se plaint de manquements au stade précontractuel

20. Hypothèses visées. Dans cette subdivision, ce n'est plus l'exploitant ou l'utilisateur de l'application d'intelligence artificielle qui conteste la validité ou la force obligatoire du contrat, mais son cocontractant.

⁵¹ Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », *op. cit.*, pp. 138-139.

Il pourrait, en effet, se plaindre d'un manquement à l'obligation d'information, le cas échéant de nature à engendrer une erreur dans son chef (section 1), ou, s'il s'agit d'un consommateur, d'une pratique commerciale déloyale, en raison de son caractère trompeur ou agressif (section 2).

SECTION 1. – Manquement à l'obligation d'information

21. Comment sanctionner l'information trompeuse communiquée par l'intelligence artificielle ? Le consentement doit être libre et éclairé. De nombreuses dispositions légales ou réglementaires – en droit de la consommation notamment – imposent ainsi à la partie théoriquement la mieux renseignée d'informer le cocontractant potentiel, tout en sanctionnant sévèrement son inobservation. Parallèlement, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé diverses obligations d'information (à charge de l'une des parties ou des deux parties) visant précisément à permettre à chaque cocontractant de consentir en pleine connaissance de cause⁵². Elles trouvent leur source dans l'exigence de bonne foi⁵³, qui s'impose à toutes les étapes du processus contractuel.

Dans une relation entre deux entreprises ou entre deux consommateurs, le droit de la consommation ne sera pas d'application.

Pour sanctionner les manquements à l'obligation d'information éventuellement commis par le *chatbot* au stade précontractuel (parce qu'à la suite d'une erreur de programmation, il a fourni des informations erronées sur les produits en vente), on peut se demander s'il est possible d'engager sa responsabilité extracontractuelle, en démontrant l'existence d'une faute en lien de causalité avec le dommage (art. 1382-1383 C. civ.).

En l'absence de personnalité juridique du robot ou de l'application d'intelligence artificielle (ce qui, comme indiqué précédemment, doit d'après nous être approuvé, *supra*, n° 19), la victime du manquement devrait normalement être déboutée de sa demande d'indemnisation⁵⁴ : on rappelle en effet que, suivant la conception subjective de la faute, celle-ci doit être imputable à son auteur, qui doit être doté de la capacité de discernement (ce dont sont dépourvus les robots ou les applications d'intelligence

⁵² À ce sujet, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 151 et s. ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 534 et s.

⁵³ Art. 1134, al. 3, C. civ.

⁵⁴ Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, pp. 115 et s.

artificielle). L'application du paradigme du « bon père de famille, normalement prudent et diligent » posera également des difficultés évidentes au moment de l'appliquer à une machine.

La victime du manque d'information pourrait toutefois rechercher la responsabilité extracontractuelle de l'exploitant de l'application d'intelligence artificielle. S'il apparaît que celle-ci a été volontairement programmée pour donner des informations erronées ou que son exploitant, nonobstant une connaissance effective des informations illicites transmises, n'a pas pris de mesure adéquate pour y mettre fin, sa responsabilité pourrait, d'après nous, être engagée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il pourrait en aller de même si le juge estime qu'en présence d'une erreur de programmation (même non intentionnelle), le prestataire n'a pas eu le comportement d'un prestataire normalement prudent et diligent en utilisant le *chatbot* (dont les failles étaient connues p. ex.). Encore faudra-il, le cas échéant, tenir compte des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité – à les supposer valables – que l'exploitant aurait rendues opposables à celui qui questionne le *chatbot*.

Un vice du consentement pourrait-il également être invoqué ? On songe à l'erreur vice de consentement, qui résulterait en l'espèce des informations trompeuses données par le *chatbot*⁵⁵. Pour obtenir l'annulation du contrat sur ce fondement, il n'est, en effet, pas requis de démontrer une faute dans le chef du cocontractant de l'*errans* (ce qui peut poser une difficulté, comme indiqué précédemment) : c'est principalement l'analyse subjective du comportement de l'*errans* qui doit, en effet, être examinée, ce qui permet de contourner les principaux écueils résultant de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil⁵⁶. Aussi nous paraît-il envisageable de démontrer que l'erreur était déterminante, commune (dans sa conception objective en tout cas) et excusable.

22. Erreur portant sur l'intervention de l'application d'intelligence artificielle dans l'exécution du contrat. L'erreur pourrait également être invoquée s'il apparaît que l'application d'intelligence artificielle est utilisée, en tout ou en partie, pour l'exécution du contrat, alors que le cocontractant s'attendait normalement à l'intervention d'une personne physique, choisie spécialement pour ses compétences. On songe, par exemple, à l'intervention d'une machine virtuelle ou d'un robot pour rédiger une consultation juridique ou un projet de contrat, voire pour

⁵⁵ Sur les conditions de l'erreur, vice de consentement, voy. *supra*, n° 7.

⁵⁶ Encore que la doctrine semble parfois fonder la théorie des vices du consentement sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, ce qui pourrait laisser le problème entier et empêcher, également, d'invoquer celle-ci.

poser les actes techniques revenant normalement au chirurgien lors d'une opération.

Pourrait-on considérer qu'il y a une erreur sur la personne ? Ce type d'erreur ne peut conduire à l'annulation de la convention, en tant que vice du consentement, que dans certaines hypothèses⁵⁷. Aux termes de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, l'erreur « n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». La nullité du contrat peut donc être prononcée en cas d'erreur sur l'identité du cocontractant (ce qui n'est normalement pas le cas ici) ou sur les qualités essentielles de cette personne (notamment ses compétences) que si ces éléments étaient déterminants pour le consentement de l'*errans*. On songe principalement aux contrats conclus *intuitu personae* (avec un avocat ou consultant spécialisé p. ex.). Or, si c'est une application d'intelligence artificielle qui exécute, seule ou en partie, la mission, et pas la personne qui avait été choisie pour ce faire, on peut probablement invoquer l'hypothèse. Les autres conditions de l'erreur doivent cependant être réunies, spécialement son caractère commun et excusable. Tel n'est normalement pas le cas si le cocontractant était clairement informé de l'intervention de l'application d'intelligence artificielle pour la mission et qu'il l'a acceptée en concluant le contrat.

SECTION 2. – Contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale

23. Démarche en trois étapes. Aux termes de l'article VI.95 du Code de droit économique, « les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs sont interdites ».

Pour savoir si une pratique est déloyale, une démarche en trois étapes doit être suivie.

Il faut d'abord vérifier si la pratique figure dans la liste des pratiques jugées trompeuses ou agressives *en toutes circonstances*⁵⁸.

Dans un deuxième temps, le caractère déloyal de la pratique doit s'apprécier à l'aune de la norme *semi-générale*. Le Code de droit économique

⁵⁷ À ce sujet, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., op. cit., pp. 239 et s., n° 239.

⁵⁸ Art. VI.100 et VI.103 CDE.

interdit, en effet, les pratiques trompeuses, par action ou par omission⁵⁹, ainsi que les pratiques agressives⁶⁰.

En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et, donc, interdite, que si « a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »⁶¹ (*norme générale*).

L'appréciation du caractère déloyal des pratiques commerciales doit se faire à la lumière de la notion de « consommateur moyen » (qu'il s'agisse des pratiques déloyales suivant la norme semi-générale – art. VI.97 et s. CDE – ou suivant la norme générale – art. VI.93 CDE).

La notion ne reçoit pas de définition légale. Aux termes du considérant n° 18 de la directive 2005/29/CE, on apprend cependant qu'il s'agit du consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques ». On trouve cette formulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶², ainsi que dans la doctrine⁶³ et la jurisprudence belges⁶⁴.

Si le consommateur parvient à démontrer qu'il a été victime d'une pratique commerciale déloyale, il peut invoquer la sanction civile de l'article VI.38 du Code de droit économique, qui autorise le juge, « sans préjudice des sanctions de droit commun, [à] ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré »⁶⁵.

⁵⁹ Art. VI.97-VI.99 CDE.

⁶⁰ Art. VI.101 et VI.102 CDE.

⁶¹ Art. VI.93 CDE.

⁶² Voy. not. C.J.U.E., 16 avril 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti*.

⁶³ J. LIGOT, F. VANBOSSELE et O. BATTARD, *Les pratiques loyales*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 63, n° 71 ; D. GOL, « Les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs », *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 36-37, n° 28 ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs ou des entreprises », *Les pratiques du marché – Une loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 80, n° 10.

⁶⁴ Voy. not. Comm. Bruxelles (Prés.), 17 juillet 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, p. 144, note H. DE BAUW ; Bruxelles, 9 février 2010, *Ann. prat. marché*, 2010, p. 81 ; Bruxelles, 20 janvier 2011, *Ann. prat. comm.*, 2011, p. 62 ; Anvers, 21 novembre 2012, *Ann. prat. marché*, 2012, p. 458.

⁶⁵ Pour certaines pratiques commerciales déloyales, plus graves, le consommateur est dispensé de s'adresser au juge et il peut actionner la mesure directement (art. VI.38, al. 1^{er}, CDE).

24. Notion de « pratique commerciale ». La pratique commerciale est définie comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit »⁶⁶.

On peut toutefois se demander si l'information trompeuse donnée par le *chatbot* au consommateur, ou la pratique agressive commise par l'application d'intelligence artificielle, répond à cette définition, plus précisément s'il s'agit d'une pratique « de la part d'une entreprise ». En effet, les outils de *machine learning* permettent à l'application d'intelligence artificielle de modifier son comportement en fonction de l'expérience acquise, de sorte que des pratiques autonomes pourraient être accomplies par l'application, sans instruction directe donnée par la personne physique qui se charge de son exploitation.

La définition est large, en termes de pratiques visées (action, omission, conduites, démarches, etc.) et de moment auquel elles sont commises (avant de conclure le contrat, au moment de la conclusion ou en cours d'exécution de celui-ci). Aussi devrait-il en aller de même au moment d'apprécier le lien avec l'intervention d'une entreprise.

Même si des discussions restent possibles, il nous paraît raisonnable d'admettre que l'exploitation, par une entreprise, d'une application d'intelligence artificielle qui commet une pratique trompeuse ou agressive à l'égard du consommateur répond à la définition précitée. Rappelons en effet que, conformément au considérant n° 7 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, « la présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits »⁶⁷. C'est donc davantage le risque que représente la pratique quant à la protection du consommateur que l'auteur même de ladite pratique qui doit retenir l'attention au moment d'interpréter le régime d'interdiction des pratiques déloyales (et de décider de son application). En ce sens, on peut également se référer à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 octobre 2013⁶⁸, qui rappelle l'objectif de protection des consommateurs

⁶⁶ Art. 1.8, 23°, CDE.

⁶⁷ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), J.O., L 149 du 11 juin 2005, p. 22.

⁶⁸ C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil Oil*.

poursuivi par la directive⁶⁹ et ajoute que « cet objectif poursuivi par la directive sur les pratiques commerciales déloyales, consistant à protéger pleinement les consommateurs contre des pratiques de cette nature, repose sur la circonstance que, par rapport à un professionnel, le consommateur se trouve dans une position d'infériorité, en ce qu'il doit être réputé économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant (voir, par analogie, arrêt *Shearson Lehman Hutton*, précité, point 18). [...] Aussi la Cour a-t-elle déjà jugé que, aux fins de l'interprétation de ladite directive, la notion de consommateur revêt une importance primordiale et que les dispositions de celle-ci sont conçues essentiellement dans l'optique du consommateur en tant que destinataire et victime de pratiques commerciales déloyales (voir, en ce sens, arrêts du 12 mai 2011, *Ving Sverige*, C-122/10, *Rec. p. I-3903*, points 22 et 23, ainsi que du 19 septembre 2013, *CHS Tour Services*, C-435/11, point 43) »⁷⁰.

On peut également argumenter en comparant la situation de l'exploitant d'une application d'intelligence artificielle dont le caractère autonome peut conduire à des pratiques imprévisibles, à celle de l'entreprise qui constaterait que certains de ses employés donnent des informations trompeuses aux consommateurs ou usent de pratiques agressives. Dans cette dernière situation, l'entreprise pourra difficilement contester sa responsabilité vis-à-vis des consommateurs. Il devrait en aller de même en cas de recours à une application d'intelligence artificielle.

C'est d'autant plus vrai que ladite entreprise devrait normalement être informée de ce comportement possible du robot, et qu'il lui incombe dès lors de s'adresser à son fournisseur de technologie pour cadenasser ce type de comportement ou, à défaut, d'en assumer le risque (tout en le couvrant par la souscription d'assurances adéquates).

En tout état de cause, l'adoption d'une clause de non-discrimination, comme préconisé ci-dessus, devrait être de nature à lever l'insécurité juridique en la matière.

25. Pratique commerciale trompeuse commise par l'application d'intelligence artificielle (un *chatbot* p. ex.). Suivant la norme semi-générale, une pratique commerciale peut être trompeuse par action⁷¹ ou par omission⁷².

⁶⁹ Cf. l'article 1^{er} de la directive et le considérant n° 23 (pt 34 de l'arrêt).

⁷⁰ Pts 35 et 36 de l'arrêt.

⁷¹ Art. VI.97-VI.98 CDE.

⁷² Art. VI.99 CDE.

On peut imaginer que le *chatbot* n'informe pas correctement le consommateur, par exemple, en lui donnant des renseignements erronés sur le produit qu'il s'apprête à acheter.

Dans ce cas, il pourrait s'agir d'une pratique trompeuse par action visée à l'article VI.97 du CDE. Deux conditions doivent être observées.

Il faut d'abord vérifier « si elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants [...] : 2° les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur celui-ci ».

La pratique doit ensuite amener ou être susceptible d'amener le consommateur moyen « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

26. Pratique commerciale agressive. Les systèmes d'intelligence artificielle peuvent être conçus de manière à transmettre, de manière répétée, des courriels publicitaires, des notifications, ou tout autre message au consommateur, de nature à le convaincre d'acquiescer un bien ou de souscrire un service. L'anthropomorphisme qui caractérise certains robots tend à renforcer les risques de manipulation dont les consommateurs peuvent être victimes, dès lors qu'ils ne voient plus nécessairement le robot comme une machine, pour le considérer comme une personne avec laquelle ils échangent (et à laquelle ils donnent généralement un nom), en toute confiance⁷³.

Dans sa Résolution du 16 février 2017, le Parlement européen souligne ainsi qu'« il convient d'accorder une attention toute particulière au fait qu'une relation émotionnelle est susceptible de se développer entre l'homme et le robot, notamment chez les personnes vulnérables (enfants, personnes âgées, personnes handicapées), et attire l'attention sur les problématiques soulevées par les éventuelles conséquences

⁷³ Voy. Ch. HOLDER, V. KHURANA, F. HARRISON et L. JACOBS, « Robotics and law: key legal and regulatory implications of the robotics age (part I of II) », *Computer Law and Security Review*, 2016, pp. 398 et s. ; W. HARTZOG, « Unfair and deceptive robots », *Maryland Law Review*, 2015, pp. 791 et s.

physiques ou émotionnelles graves, pour l'utilisateur humain, d'un tel lien émotionnel »⁷⁴.

Dans ces hypothèses, on veillera à appliquer strictement l'interdiction des pratiques commerciales agressives à l'égard des consommateurs.

Sont ainsi interdites, car considérées comme des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances, les pratiques agressives qui ont pour objet de : « 3° se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sans préjudice : a) de dispositions légales ou réglementaires l'autorisant en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ; b) de l'article VI.110 ; et c) de l'article XII.13 »⁷⁵.

De même, suivant la norme semi-générale, une pratique est « réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »⁷⁶.

Deux conditions doivent être satisfaites. Il faut d'abord une altération de la liberté de choix ou de conduite du consommateur. À cet égard, l'article VI.102 du CDE précise les éléments à prendre en considération pour considérer qu'une pratique recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique ou à une influence injustifiée. Comme pour les pratiques trompeuses, le caractère déloyal ne sera établi que s'il est démontré que la pratique amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Dans le domaine de l'intelligence artificielle, on peut craindre que l'exploitation des informations disponibles par le système lui permette de trouver les arguments pertinents pour convaincre le consommateur de s'engager. Parallèlement, on peut aussi se trouver dans une situation contraire où ces mêmes informations révèlent, à tort ou à raison, un risque spécifique de conclure avec ce consommateur, ce qui peut conduire à un refus de s'engager de la part du robot et de l'entreprise qui y recourt, voire un accord, mais assorti de conditions plus strictes (et, donc, moins

⁷⁴ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), principe n° 3.

⁷⁵ Art. VI.103 CDE.

⁷⁶ Art. VI.101 CDE.

favorables). Dans ces hypothèses, la liberté de choix du consommateur pourra être compromise, puisqu'il ignorera souvent les éléments qui ont conduit l'entreprise à agir comme elle l'a fait.

En guise de conclusion

27. Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats ?
Reprenons le titre de cette contribution, et tâchons de synthétiser les principaux éléments de réponse...

On recommandera d'abord de relire les réflexions d'Yves Poulet de la fin des années 1990, qui conservent leur pertinence près de vingt ans plus tard.

Pour le surplus, il faut procéder à une analyse des risques encourus et distribuer ceux-ci de manière juste et équilibrée entre les acteurs concernés.

C'est normalement la solution à laquelle on aboutit en appliquant les théories classiques de droit des obligations contractuelles (en matière de vice du consentement p. ex.), encore que des incertitudes pourraient survenir pour certains régimes (spécialement la responsabilité extracontractuelle au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil).

Aussi est-il indiqué de lever certaines incertitudes rencontrées par la voie législative, en consacrant une clause de non-discrimination et en créant une présomption permettant d'attribuer les actes posés par l'application d'intelligence artificielle ou le robot à la personne physique ou morale au nom de laquelle ils ont été posés ou, à titre alternatif, à son exploitant.

Pour le reste, des mesures devraient être prises pour protéger les consommateurs, en s'assurant qu'ils soient informés de l'intervention d'une application d'intelligence artificielle au stade précontractuel, en marge de la formation du contrat, ou lors de son exécution. Il faut aussi veiller à ce que des mesures spécifiques soient prises lorsqu'ils utilisent les applications d'intelligence artificielle pour conclure des contrats en leur nom, de sorte que leur consentement reste informé et réfléchi (avec, p. ex., un droit de rétractation plus étendu).